

AS AÇÕES COLETIVAS E AS DEFINIÇÕES DE DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

RIZZATTO NUNES*

Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP

EXCERTOS

“O CDC permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas”

“Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis”

“Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo”

“O direito coletivo tem objeto que diz respeito à coletividade de consumidores como um todo”

No presente artigo apontarei a importância das ações coletivas, no que respeita à proteção processual inaugurada com a Lei 8.078/90 – o Código de Defesa do Consumidor e, especialmente, no âmbito das definições de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos por ela trazidos ao sistema jurídico brasileiro.

1. O caráter coletivo da proteção processual do CDC

1.1 A defesa do consumidor em juízo

Um dos mais marcantes aspectos do Código de Defesa do Consumidor (CDC), apesar de reger uma série de direitos subjetivos individuais dos consumidores, é o de sua preocupação especial com a proteção coletiva, isto é, de toda a coletividade de consumidores. Isso é significativo na Lei 8.078/90.

Se observarmos o título III da lei, “Defesa do Consumidor em Juízo”, perceberemos isso. Muito embora a proteção individual não esteja excluída – o que, aliás, era mesmo de esperar –, a natureza do regramento é claramente coletiva. Tanto que, como se sabe, o CDC acabou por ser o responsável, no sistema jurídico nacional, por fixar o sentido de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

1.2 A proteção coletiva

O CDC permite a proteção dos consumidores em larga escala, mediante ações coletivas e ações civis públicas. É por elas que o consumidor poderá ser protegido. E, o que se verifica é que, aos poucos, começa-se a descobrir a importância desse tipo de ação nos ajuizamentos feitos pelo Ministério Público ou pelas associações de defesa do consumidor. Mas, a lei consumerista, digamos assim, “quer mais”, ela “gostaria” que existissem muitas ações coletivas, pois um de seus alicerces fundamentais na questão processual é exatamente este de controlar como um todo os atos dos fornecedores.

Além disso, vale lembrar que as ações coletivas são, talvez, as únicas capazes de fazer cessar aquilo que eu chamo de “abusos de varejo”: uma tática empresarial dolosa de impingir pequenas perdas a centenas ou milhares de consumidores simultaneamente.

Veja-se um exemplo disso, numa mala-direta enviada por um grande banco:

Prezado(a) Cliente,

Temos uma novidade que vai aumentar ainda mais a sua tranquilidade. O Serviço de Proteção do seu Cartão de Crédito (...) foi ampliado e, a partir do vencimento de sua próxima fatura, você contará com o novo Seguro Cartão (...).

Agora, além da proteção contra perda e roubo de seu cartão de crédito, você terá a mesma proteção para saques feitos sob coação em sua conta corrente.

E mais: com o Seguro Cartão (...) você contará com um conjunto de coberturas e serviços, como renda por hospitalização e cobertura por Morte Acidental e Invalidez Permanente em consequência de crime, além de serviços de táxi, despachante, transferência inter-hospitalar e transmissão de mensagens.

Por apenas R\$3,50 mensais, somente R\$1,00 a mais do que você paga atualmente, você terá acesso a todos esses benefícios.

Esta é uma segurança da qual você não deve abrir mão. Porém, caso você queira manter apenas a cobertura atual, basta que nos próximos 30 dias você entre em contato com o (...) por Telefone.

Cordialmente,

Perceba o abuso: o banco já lançou o valor de R\$1,00 na fatura do consumidor. Se este não tiver interesse no novo produto/serviço enviado/lançado, terá que tomar a iniciativa de telefonar para o banco para cancelar o que nunca pediu. Some-se a isso a eventual dificuldade de ligar para o banco e, se apesar da “desistência”, acabar sendo cobrado, provar que telefonou.

Agora, como trata-se de apenas R\$1,00 ao mês, muito provavelmente os consumidores nada farão, nem reclamarão. Individualmente não compensa. Mas, o banco terá enorme vantagem com seus milhares de clientes.

Somente uma ação coletiva teria eficácia na resolução desse tipo de problema.

Lembre-se, também, de um outro exemplo vergonhoso, o da maquiagem de pesos e medidas feita diversas vezes pelas grandes indústrias de alimentos, na qual os produtos tiveram seu peso líquido diminuído sem que os consumidores soubessem. Manteve-se o preço e diminuiu-se o peso ou a medida dos produtos em pequenas quantidades e metragens, de modo que não só os prejuízos foram individualmente pequenos, como por isso mesmo, demorou em ser notado!

Apesar dos avanços, a área jurídica ainda não respira uma atmosfera cultural de ações coletivas. Uma explicação possível para isso diz respeito ao ponto da história em que elas foram trazidas para as relações de consumo.

O CDC surgiu no cenário jurídico nacional com muitos anos de atraso, gerando um problema típico de memória. Explico: quase todos aqueles que militam

na área jurídica formados até 1990 não entendiam as inovações que a lei trouxe, porque foram estudar relações de consumo com base no aprendizado obtido no direito privado. E mesmo depois dessa data, ainda demorou muitos anos até que os conceitos introduzidos no sistema jurídico pelo CDC pudessem começar a ser entendidos.

O prestígio de nosso Código Civil de 1916 impregnou o modo de percepção dos estudiosos do direito que, com base no seu acervo mnemônico, acabavam interpretando – e ainda o fazem – as normas a partir do clássico modelo privatista. O vetusto Código Civil de 1916, que entrou em vigor em 1917, recebeu forte influência do direito privado europeu do século anterior, e que já não tinha plena relação com a nossa realidade. Ora, esse direito civil não estava aparelhado para atender as demandas típicas do processo de industrialização capitalista do século XX e seu modo de produção estandarizada, seus esquemas de oferta e *marketing*, sua capacidade de distribuição etc. Por influência, em parte, dessa legislação e a interpretação que dela se fez, têm-se até hoje dificuldade para se compreender muitos aspectos da sociedade de massas, dentre os quais o sentido das ações coletivas. É por isso que

O CDC surgiu
no cenário
jurídico nacional
com muitos
anos de atraso,
gerando um
problema típico
de memória

ainda existe, por exemplo, discussões a respeito da legitimidade do Ministério Público para propor ações coletivas para defesa de direitos individuais homogêneos¹.

De todo modo, para prosseguir, deixo consignado esse ponto: a proteção processual no CDC tem forte caráter coletivo.

2. Os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos e a Constituição Federal

A Constituição Federal faz referência aos direitos difusos e coletivos (inciso III do art. 129²), mas não os define. Foi a Lei 8.078/90 que tratou de apresentar os parâmetros definidores de direitos difusos e direitos coletivos, o que fez no seu artigo 81.

E a guisa de explicitar o sentido de cada um, acabou por trazer uma nova espécie, a dos direitos individuais homogêneos.

Diga-se, desde já, que a definição legal está em perfeita consonância com o sistema constitucional, não havendo nada que possa macular suas disposições. Ou seja, o CDC, como lei principiológica que é, concretizador dos princípios e regras constitucionais, também aqui designa os limites e o modo de aplicação dos direitos postos e definidos. Para fazermos uma análise adequada, leia-se primeiramente o que diz a lei:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Na sequência, examinarei cada um dos tipos.

Para facilitar o entendimento do sentido implantado pelo sistema legal, apresento para cada um dos tipos estudados, os tópicos que permitem o estudo das relações jurídicas em geral. Apontarei assim, os elementos da relação jurídica: sujeito ativo, sujeito passivo e objeto (elementos subjetivos e objetivos).

3. Os direitos difusos

3.1 Sujeito ativo indeterminado

Os chamados direitos difusos são aqueles cujos titulares não são determináveis. Isto é, os detentores do direito subjetivo que se pretende reger e proteger são indeterminados e indetermináveis.

Isso não quer dizer que alguma pessoa em particular não esteja sofrendo a ameaça ou o dano concretamente falando, mas apenas e tão somente que se trata de uma espécie de direito que, apesar de atingir alguém em particular, merece especial guarida porque atinge simultaneamente a todos.

Por exemplo, se um fornecedor veicula uma publicidade enganosa na televisão, o caso é típico de direitos difusos, pois o anúncio sujeita toda a população a ele submetido. De forma indiscriminada e geral, todas as pessoas são atingidas pelo anúncio enganoso.

Digamos que um vendedor de remédios anuncie um medicamento milagroso que permita que o usuário emagreça cinco quilos por dia apenas tomando um comprimido, sem nenhum comprometimento à sua saúde. Seria um caso de enganação tipicamente difusa, pois é dirigida a toda a comunidade.

Agora, é claro que uma pessoa em particular pode ser atingida e enganada pelo anúncio: ela vai à farmácia, adquire o medicamento, ingere o comprimido e não emagrece. Ou pior, toma o comprimido e fica intoxicada.

Nesse caso, esse consumidor particular, tem um direito individual próprio, que também, obviamente, está protegido. Ele, como titular de um direito subjetivo, poderá exercê-lo plenamente com base na Lei 8.078/90. Poderá, por exemplo, ingressar com ação de indenização por danos materiais e morais.

Mas, o só fato de alguém em particular ter sido atingido pelo anúncio não só não elide os demais aspectos formadores dos direitos difusos em jogo, como ao contrário, exige uma rápida atuação dos legitimados para a tomada das medidas capazes de impedir a violação a esses direitos difusos (no caso, feita pelo anúncio enganoso).

Aliás, diga-se que é exatamente essa característica da indeterminabilidade da pessoa concretamente violada um dos principais aspectos dos direitos difusos.

O termo “difuso” significa isso: indeterminado, indeterminável. Então, não será preciso que se encontre quem quer que seja para proteger-se um direito tido como difuso.

Ou, em outros termos, ainda que não se possa encontrar um único consumidor enganado concretamente por uma publicidade enganosa, ela poderá ser qualificada de enganosa assim mesmo.

Portanto, quer se identifique um consumidor que foi violado no seu direito – individual –, quer não se encontre nenhum, trata-se sempre de direitos difusos. Aliás, ao contrário: essa é que é sua marca, a não determinação do sujeito.

Diga-se mais: sempre que surgir, ao mesmo tempo, questão que envolva direitos difusos e outra que envolva direito individual, ambas ligadas pelo mesmo objeto – no exemplo, a publicidade enganosa –, ter-se-á dois tipos de direito em jogo, e ambos protegidos pelo regime legal consumerista: os direitos difusos e o direito individual.

3.2 Sujeito passivo

Os obrigados a respeitar os direitos difusos são todos aqueles que direta ou indiretamente vendem, produzem, distribuem, comercializam etc., produtos e serviços, isto é, são todos os fornecedores, cuja definição está estabelecida no artigo 3º do CDC.

3.3 A relação jurídica

Em matéria de direitos difusos, inexistente uma relação jurídica base. São as circunstâncias de fato que estabelecem a ligação.

Entenda-se bem: são os fatos, objetivamente postos, os pontos de ligação entre todas as pessoas difusamente consideradas e o obrigado.

Assim, utilizando-se o mesmo exemplo daquele anúncio enganoso, tem-se que da veiculação do anúncio projete-se sobre toda a coletividade sua influência real, efetiva e objetiva. Eis as circunstâncias de fato: o anúncio e sua projeção objetiva e significativa sobre toda a população. O elemento de comunicação do anúncio arremeça-se, lança-se por toda a coletividade, difusamente, atingindo a todos³.

3.4 Objeto indivisível

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível, exatamente por atingir e pertencer a todos indistintamente. Por isso, ele não pode ser cindido.

Faça-se uma ressalva esclarecedora: o fato do mesmo objeto gerar dois tipos de direito, não muda a natureza de indivisibilidade do objeto nos direitos difusos. Isto é, se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio.

É que na ação judicial de proteção aos direitos difusos, o caráter da indivisibilidade do objeto faz a ligação com a titularidade difusa, sem alterar o quadro da proteção particular.

3.5 Exemplos

Eis alguns exemplos de fatos de direitos difusos: a publicidade em geral, a distribuição e venda de medicamentos, a poluição do ar e as questões ambientais em geral etc.

4. Os direitos coletivos

4.1 Sujeito ativo indeterminado, mas determinável

Nos chamados direitos coletivos, os titulares do direito são também indeterminados, mas determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.

Assim, por exemplo, a qualidade de ensino oferecida por uma escola é tipicamente direito coletivo. Ela – a qualidade oferecida – é

direito de todos os alunos indistintamente, mas, claro, afeta cada aluno em particular.

4.2 Sujeito passivo

Os obrigados a respeitar os direitos coletivos são os fornecedores envolvidos na relação jurídica base ou aqueles que se relacionam com o grupo de consumidores que formam uma relação jurídica base entre si (ver explicações da relação jurídica, a seguir). No exemplo acima, é a escola.

4.3 A relação jurídica

Em matéria de direito coletivo são duas as relações jurídicas-base que vão ligar sujeito ativo e sujeito passivo:

a) aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados entre si por uma relação jurídica. Por exemplo, os pais e alunos pertencentes a uma associação de pais e mestres; os associados de uma associação de proteção ao consumidor; os membros de uma entidade de classe etc.;

b) aquela em que os titulares (sujeito ativo) estão ligados com o sujeito passivo por uma relação jurídica. Por exemplo, os alunos de uma mesma escola, os clientes de um mesmo banco, os usuários de um mesmo serviço público essencial como o fornecimento de água, energia elétrica, gás etc.

4.4 Objeto indivisível

O objeto ou bem jurídico protegido é indivisível. Ele não pertence a nenhum consumidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. Se for divisível é individual ou individual homogêneo e não coletivo.

O direito coletivo tem objeto que diz respeito à coletividade de consumidores como um todo. Nos exemplos já dados, a qualidade do ensino oferecido por uma escola é indivisível; o tratamento da água conferido pelo prestador do serviço público afeta toda a água a ser entregue.

4.5 Distinção dos direitos individuais homogêneos

Note-se bem: às vezes se faz uma confusão entre direitos coletivos e direitos individuais homogêneos, o que exige uma elucidação que será feita no próximo item, mas há que se fazer desde já uma ressalva.

Como se viu, o objeto do direito coletivo é indivisível. O que vai acontecer é que o efeito da violação a um direito coletivo gera também um direito individual ou individual homogêneo. Assim, por exemplo, o mau tratamento da água fornecida aos usuários é típico caso de direito coletivo com objeto indivisível, mas simultaneamente seu fornecimento e consumo pode gerar dano à saúde de um consumidor individualmente considerado ou a mais de um consumidor.

Daí que, no caso, ambas as situações se configuram.

Já o inverso não é verdadeiro: nem todo direito individual homogêneo é coletivo típico conforme se verá no próximo item, mas é uma espécie de direito coletivo (o caráter de divisibilidade do direito individual homogêneo remanesce dividido quando ele for puramente direito individual homogêneo).

4.6 Exemplos

São exemplos de direito coletivo: a boa qualidade do fornecimento de serviços públicos essenciais como água, energia elétrica e gás; a segurança do serviço de transporte público de passageiros prestado pelas empresas de ônibus; a qualidade oferecida pela escola dos serviços educacionais por ela prestados.

5. Os direitos individuais homogêneos

5.1 Sujeito ativo determinado e plural

Aqui os sujeitos são sempre mais de um e determinados. Mais de um, porque em sendo um só, o direito é individual simples, e determinados porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneos, os direitos protegidos são individuais.

Mas, note-se: não se trata de litisconsórcio e sim de direito coletivo. Não é o caso de ajuntamento de várias pessoas, com direitos próprios e individuais no polo ativo da demanda, o que se dá no litisconsórcio

ativo; quando se trata de direitos individuais homogêneos, a hipótese é de direito coletivo – o que permitirá, inclusive, o ingresso de ação judicial por parte dos legitimados no artigo 82 da lei consumerista.

É verdade que a ação individual ou a ação proposta por litisconsórcio facultativo não estão proibidas, como também não está proibido o ingresso de tais ações no curso da ação coletiva de proteção aos direitos individuais homogêneos. Porém, não se pode confundir os institutos, que tem natureza diversa: no litisconsórcio o que há é reunião concreta e real de titulares individuais de direitos subjetivos no caso, no polo ativo da demanda; na ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, o autor da ação é único: um dos legitimados do artigo 82 do CDC⁴.

5.2 Sujeito passivo

Os responsáveis pelos danos causados aos sujeitos ativos são todos aqueles que direta ou indiretamente tenham causado o dano ou participado do evento danoso, ou ainda, que tenham contribuído para tal.

5.3 A relação jurídica

O estabelecimento do nexo entre os sujeitos ativos e os responsáveis pelos danos, se dá numa situação jurídica – fato, ato, contrato etc. – que tenha origem comum para todos os titulares do direito violado.

Isto é, o liame que une os titulares do direito violado há de ser comum a todos.

Apesar disso – isto é, apesar de ser de origem comum – não se exige, nem se poderia exigir, que cada um dos indivíduos atingidos na relação padeçam do mesmo mal. Aliás, não só o aspecto do dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença, como o fato de serem tais danos diversos em nada afeta a ação coletiva de proteção e apuração dos danos ligados aos direitos individuais homogêneos.

5.4 Objeto divisível

Aqui o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados dos direitos individuais homogêneos, mas o

resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível.

5.5 Espécie de direito coletivo

Apontamos no item anterior aspectos dos direitos individuais homogêneos diante do direito coletivo. Reexaminemos a questão.

Primeiramente, anote-se, como já adiantando, que os direitos individuais homogêneos são também uma espécie do direito coletivo.

E, também conforme dito acima, não se deve confundir com litisconsórcio facultativo (ou necessário). Quando duas ou mais pessoas reúnem-se no polo ativo de uma ação judicial, elas formam litisconsórcio facultativo ou necessário. Na hipótese dos direitos individuais homogêneos a ação judicial é coletiva, não intervindo o titular do direito subjetivo individual. Se este quiser promover ação judicial por conta própria para a proteção de seu direito individual pode à vontade, não afastando em nada a ação coletiva.

5.6 Exemplos

São exemplos de direitos individuais homogêneos: as quedas de aviões, como o da TAM no Jabaquara em São Paulo; o naufrágio do barco “Bateau Mouche” no Rio de Janeiro etc.

6. Conclusão

Vê-se, pois, por aquilo que foi exposto que, há no sistema jurídico nacional regras que permitem a proteção coletiva dos direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos. Quanto mais as pessoas tomarem consciência de sua existência e de sua possibilidade de eficácia muito ampla, mais poder-se-á no Brasil incrementar-se os chamados direitos coletivos *lato sensu*, o que trará enorme economia não só para o Poder Judiciário – na correspondente diminuição das ações individuais –, como maior eficácia, posto que as decisões nessas ações acabam por beneficiar todos os atingidos, quer tenham ingressado em juízo ou não.

Notas

- * Rizzatto Nunes. Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP. Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo (aposentado). Advogado e escritor.
1. Mas, o fato é que o Ministério Público pode ingressar com ações para proteção desse tipo de direito. (Para um exame completo desse tema, ver nosso *“Comentários ao Código de Defesa do Consumidor”*, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010: comentários ao art. 82).
 2. “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
[...]
III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”
 3. Aliás, no que respeita à publicidade, esse caráter de expansão da mensagem sobre toda a coletividade é sua razão mesma de ser, já que, como diz o jargão, “a publicidade é a alma do negócio”. Não é à toa que se gaste tanto dinheiro com ela.
 4. É verdade que se mais de um dos legitimados ingressar no polo ativo da demanda haverá litisconsórcio facultativo, mas ainda assim diverso daquele que liga os consumidores individuais.